Kann derjenige, welcher als Mieter oder Depositar auf Rückgabe der Sache belangt ist, der Klage die Einrede seines Eigentums entgegensetzen?

INAUGURAL-DISSERTATION

verfasst und der

Hohen juristischen Fakultät

der

Königlich Bayrischen Universität Erlangen

zur

Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät

vorgelegt von

Paul Freiherr von Schlippenbach.

Druck von H. Grünberg, Dresden.
1896.

Disposition.

Einleitung: Allgemeine Vorbemerkungen, Anordnung des Stoffes § 1.

Thema: Kann derjenige, welcher als Mieter oder Depositar auf Rückgabe der Sache belangt ist, der Klage die Einrede seines Eigentums entgegensetzen?

I. Stellung der Quellen zu der aufgeworfenen Frage. Stand der Controverse.

1. Die locatio conductio rei . . . . . § 2.
2. Das depositum . . . . . § 3.

II. Die eigene Ansicht des Verfassers . . . . . § 4.

§ 1.

Einleitung.

Allgemeine Vorbemerkungen, Anordnung des Stoffes.

Locatio conductio rei und depositum sind bonae fidei negotia, bei denen eine Sache einem Anderen gegen die Verpflichtung zur Rückgabe in specie in Detention gegeben wird. Sollte der Mieter oder Depositar durch eigene Verschuldung das Vertragsobjekt nicht restituieren können, so verwandelt sich seine diesbezügliche Verpflichtung in eine solche auf Ersatz des Interesses des Vermieters oder Deponenten.

Beide Rechtsgeschäfte unterscheiden sich aber sehr wesentlich durch den Zweck: Dem Mieter wird gegen Entgeld ein Gebrauchs- und eventuell Fruchtziehungsrecht gewährt, er ist deshalb am Vertrage interessiert, haftet also für culpa levis und der Vermieter ist ihm wegen Vertragsbruch schadenersatzpflichtig.[1]) Der Depositar dagegen soll das Objekt des Vertrags nur aufbewahren, hat also kein Entgeld zu bezahlen, erhält aber auch für seine Aufbewahrung nichts; er ist deshalb am Rechtsgeschäft nicht interessiert, haftet also nur für dolus und culpa lata und ist jederzeit zur Rückgabe des Objekts verpflichtet, so dass er sich nicht einmal auf einen dem Vertrage hinzugefügten dies ad quem berufen darf, und kann wegen angeblicher Vorzeitigkeit der Rückforderung des Objekts nie einen Anspruch gegen den Deponenten erheben.

Mit der Verschiedenheit des Zwecks hängt eine Verschiedenheit des Objekts eng zusammen. Gegenstand der Miete sind im Regelfalle[1a]) nicht Fungibilien und Consumptibilien, welche sich ebensowohl zum Depositum eignen wie Non-Fungibilien und Non-Consumpti-

[1]) Vorbehaltlich seiner Schadensersatzverbindlichkeit konnte in Rom ursprünglich der Vermieter dem Mieter selbst im Gegensatz zu einem dem Vertrage hinzugefügten dies ad quem jederzeit das Mietobjekt entziehen, während das spätere römische und das jetzige gemeine Recht den Vermieter zur Einhaltung seines Vertrages zwingt und bei unbestimmter Zeitdauer die Beobachtung ortsüblicher Kündigungsfristen vorschreibt. cfr. Dernburg, II, § 111, S. 304, 305, Windscheid, II, § 402, S. 467. Die Gründe für ein einseitiges Rücktrittsrecht des Vermieters (bezw. Mieters) vom Vertrage interessieren hier nicht.

[1a]) Ausnahmsweise werden auch Fungibilien und Consumptibilien vermietet, z. B. zu Ausstellungszwecken.

bilien; umgekehrt können auch Immobilien und Incorporalien vermietet bezw. verpachtet werden, bei denen eine Deponirung begrifflich ausgeschlossen ist.[1b])

Bei beiden Rechtsgeschäften ist der Rückforderungsberechtigte zum Ersatze notwendiger[2]) Verwendungen und schuldhaft verursachten Schadens verbunden; diese Ansprüche verfolgt der Mieter mit actio conducti, der Depositar mit actio depositi contraria.

Unbestritten steht dem Mieter wegen dieser seiner konnexen Gegenansprüche ein Retentionsrecht am Mietsobjekt zu,[3]) während sich die Kompensation mangels gleichartiger Gegenforderungen regelmässig von selbst verbietet, es sei denn, dass sich der Anspruch des Vermieters auf Rückgabe der Sache wegen einer von dem Mieter zu vertretenden Verschuldung in eine Interesseforderung verwandelt hätte. Denn dann wird wohl der in l. 5 pr. D. 25 1 hinsichtlich der Aufwendungen auf die dos aufgestellte Grundsatz, dass impensae necessariae ipso jure den gegnerischen Anspruch mindern, in anologe Anwendung zu kommen haben.

Verweigert der Mieter die Zurückgabe des Mietobjekts nach geendigtem Kontrakt widerrechtlich und lässt es bis zu seiner Verurteilung kommen, so sollte er nach einer Verordnung Kaiser Zenos vom Jahre 484, welche offenbar dem Dekretum Divi Marci und dem weiteren Verbot der Selbsthülfe in der Konstitution der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius[4]) vom Jahre 389 nachgebildet ist, als invasor alienae possessionis betrachtet werden und demgemäss nicht nur die Sache selbst restituieren, sondern auch deren Wert überdies bezahlen müssen.[5]) Strittig ist zwar, ob sich diese Bestimmung nur auf vermietete bezw. verpachtete Grundstücke bezog.[6]) Die Stellung derselben in dem titulus unde vi, sowie die Vergleichung des die Rückgabe grundlos Verweigernden mit einem invasor sprechen allerdings für die Bejahung der Streitfrage, allein die auszugsweise Wiederholung der

---

[1b]) Anderer Meinung, aber ohne guten Grund, bezüglich der Immobilien Dernburg II, § 92, und Note 7, S. 248.

[2]) cfr. l. 23, l. 12 pr. D. 16. 3, l. 55 § 1, l. 19, § 4. D. 19. 2. Die Streitfrage, ob der Vermieter auch wegen nützlicher Verwendungen des Mieters ersatzpflichtig ist, kann hier ausser Betracht bleiben; cfr. darüber besonders Sintenis, II, § 118, Note 68, S. 665, 666.

[3]) cfr. Glück, XVII, § 1060, S. 496 und die Note 45 des Citierten, ferner Göschen, II. Abth. II, § 510, S. 381, 382, Koch, III, § 347, S. 913, Sintenis, II, § 118, Note 102, S. 671, Koch, III, § 347, S. 913, l. 55, § 1, D 19, 2 und Arg. l. 18, § 4, D. 13. 6, l. 15, § 2, l. 59 D. 47. 2.

[4]) l. 7 C. 8. 4.

[5]) cfr. l. 10 C. 8. 4 und bez. die einen Auszug aus dieser Stelle enthaltende l. 33 (34) C. 4. 65, ferner Westphal § 1005, S. 762, Koch, III, § 347, S. 913, Wening-Ingenheim, II, § 263, S. 212, Göschen, II, Abth. II, § 510, S. 381, Sintenis, II, § 118, S. 671, 672, Glück, XVII, § 1060, S. 500.

[6]) cfr. Voet, Comment ad Pandect. h. t. § 32, Hofacker, Princip iur. civ. R. G. Tom III, § 1993, citiert bei Glück, XVII, § 1060, Note 46, S. 496.

l. 10 C. 8. 4 in l. 33 (34) C. 4. 65 steht in dem titulus de locato et conducto, so dass das erste der vorgedachten Bedenken schwindet; und der Ausdruck invadere, welcher häufig in Bezug auf unbewegliche Sachen gebraucht wird, wie z. B. in l. 5, § 8, D. 43. 16, findet sich nicht minder oft in Bezug auf Mobilien, wie z. B. in l. 1, § 1, D. 22. 1 und l. 47 D. 41. 2. Aus diesen Gründen scheint nichts im Wege zu stehen, mit Glück[7]) die Verordnung Zenos auch auf gemietete Mobilien zu beziehen, zumal in l. 10, C. 8. 4 ganz allgemein von „conductoribus" und in l. 33 (34) C. 4. 65 von „conductores alienarum rerum" gesprochen wird.

Eine weitere Streitfrage besteht darüber, ob diese Gesetze noch jetzt geltenden Rechtes sind. Sie soll, da nur lose mit dem Ziel dieser Arbeit zusammenhängend, nur kurz gestreift werden.

Schon Lauterbach[8]) sagt unter Citierung älterer Schriftsteller[9]) in Bezug auf jene Privatstrafe des römischen Rechts „dictam poenam hodie non ubique locorum observari" und auch unter den Neueren scheint die herrschende Ansicht für die Unanwendbarkeit derselben zu sein[10]). Geht man davon aus, dass das römische Recht nicht als Ganzes, nicht in complexu recipiert wurde, dass es daher nicht überall da Anwendung finden muss, wo nicht besondere Gründe seiner Anwendbarkeit entgegenstehen (obwohl das Gegenteil früher allgemein und heute noch von vielen Romanisten behauptet wird), dass vielmehr die Ansicht der Germanisten den Vorzug verdient, wonach nur die in der Praxis angewendeten einzelnen Rechtssätze in Deutschland Aufnahme fanden, so wird man sich der vorgedachten Ansicht von der Unanwendbarkeit der römischen Strafklagen im allgemeinen und der hier in Frage kommenden Privatstrafe im besonderen anschliessen müssen, da selbst die Gegner die nur vereinzelte Anwendung der Strafklagen in der Praxis anerkennen und nicht bestreiten, dass die Gerichte regelmässig nur auf Ersatz des Interesses verurteilen.[11]). Dass aber die Prämisse von der nicht in complexu erfolgten Reception des römischen Rechts richtig ist, möchte sich aus der Erwägung ergeben, dass sich die Reception des römischen Rechts überhaupt nur auf die konstante Anwendung durch die Richter gründete und natürlich nur einzelne Rechtssätze, wenn auch in noch so grosser Zahl, Gegenstand jener

---

[7]) XVII, § 1060, Note 46, S. 496, 497, cfr. auch Dernburg, I, § 188 Note 16, S. 445.

[8]) ad. lib. XIX, tit. II, § 116, S. 1013.

[9]) Christinaeus Vol. III, dec. 109 n. 2 und dec. 118 n. 6; Groeneweg, ad. d. l. p. l. h. t.

[10]) cfr. Koch, III, § 347, S. 913.

[11]) cfr. Stryk, Usus modernus pandectarum, lib. IX, tit. 2, § 20; cfr. auch Windscheid, II, § 263, Note 15, S. 49, 50, der übrigens trotz aller Bedenken der Statthaftigkeit der Auferlegung des hier in Betracht kommenden Prozessnachteiles zuneigt, obwohl er die Privatstrafen laut Note 11a durch das R.-Str.-G.-B. für beseitigt hält.

Anwendung und damit der Reception sein konnten und nie ein ganzes Rechtssystem als solches. Es besteht doch auch kein Streit darüber, dass nur die von den Glossatoren in Bologna und Ravenna vorgetragenen und erklärten Sätze des corpus juris bei uns Eingang fanden, obwohl auch die nicht glossierten Sätze dem römischen Rechtssystem angehören und die Nichtglossierung oft nur auf der Lückenhaftigkeit der benutzten Handschriften beruhte. Es vermögen aber selbst die Romanisten nicht zu behaupten, dass der Anwendbarkeit der nicht glossierten Stellen spezielle Umstände anderer Art entgegenstehen, als die Nichtanwendung durch die Richter, welche sie eben von den Glossatoren nicht gelehrt erhielten. Nur wenn man mit dem Verfasser annimmt, dass das römische Recht nicht in complexu, sondern als eine grössere Zahl einzelner Rechtssätze recipiert wurde, versteht man, wie sich eine ganze Anzahl deutschrechtlicher Sätze gegen den Ansturm des eindringenden römischen Rechts behaupten konnten; die widersprechenden römischrechtlichen Sätze fanden eben keine richterliche Anwendung.

Dass die römischen Privatstrafen der Selbsthülfe nach Einführung des Reichsstrafgesetzbuches unanwendbar sind, ist wohl allgemein anerkannt.[11a])

Wie steht es nun aber mit dem Recht des Depositars auf Retention und Kompensation und welche Folgen verbinden sich für ihn mit der widerrechtlichen Verweigerung der Rückgabe des Depositums?

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass ein Retentionsrecht des Depositars wegen seiner konnexen Gegenansprüche wegen notwendiger Verwendungen und wegen des ihm durch jegliche culpa oder dolus des Deponenten zugefügten Schadens an und für sich zulässig wäre. Und wegen dieser und anderer Gegenansprüche würde auch der Kompensationsbefugnis des Depositars wenigstens bei Gelddepositen, ferner dann, wenn sich der Anspruch des Deponenten auf Rückgabe des Depositums wegen des dem Depositar zur Last fallenden dolus oder wegen seiner culpa lata in einen solchen auf das Geldäquivalent verwandelt, ja sogar in allen Fällen gleichartiger fälliger Gegenforderungen, kein Bedenken im Wege stehen. Da aber der Deponent nach Thunlichkeit gesichert sein soll, so schloss Justinian in l. 11, C. 4. 34 jede Kompensation und und Retention wegen Gegenforderungen des Depositars aus, indem er bestimmte:

> „Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur, nullamque compensationem vel

---

11a]) cfr. Windscheid, I, § 123, S. 350, 351 und Note 4a das.; Dernburg, I, § 125, Ziff. 3b und Note 9, S. 297; Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, XI, S. 244, XVIII, S. 218.

deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales vel in rem vel hypothecariam praetendens, quum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur. Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur, sed depositae quidem res vel pecuniae ab utraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit, et postea legitimae actiones integrae quoque ei reserventur. Quod obtinere, sicut jam dictum est, oportet, et si ex una parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita, ut integra omni legitima ratione servata, depositae res vel pecuniae prima fronte restituantur. . . . . "

Und in § 30, J. 4. 6 wird unter Bezugnahme auf die justinianische Konstitution 14 C. 4. 31 ausgeführt, dass der Kompensation ein weites Anwendungsgebiet gewährt worden sei und fortgefahren:

„excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur."

Im Hinblick auf diese klaren Quellenzeugnisse und in Anbetracht des Umstandes, dass ein in der Collectio Legum Mosaicarum et Romanarum tit. X, § 2 befindliches Responsum des Juristen Herennius Modestinus, in welchem dem Depositar mit den Worten:

„res deposita si subripiatur, dominus dumtaxat habet furti actionem, quamvis eius, apud quem res deposita est, intersit ob impensas in rem factas rem retinere."

ein Retentionsrecht wegen seiner auf das Depositum gemachten Verwendungen zugestanden wird, in die Pandekten nicht aufgenommen wurde, wird man wohl mit der herrschenden Meinung zu dem Resultate kommen müssen, dass die in dem Rechtsgutachten Modestins enthaltene ältere Rechtsanschauung durch Justinian verworfen wurde und dass nunmehr Kompensationsrechte und Retentionsrechte ganz allgemein und ohne Einschränkungen gegen die actio depositi directa kraft positiver Gesetzesbestimmung ausgeschlossen sind.[12] Trotzdem haben ältere Rechtslehrer[13] im Hinblick auf den oben erwähnten, hinsichtlich der dos aufgestellten

---

[12] So auch Glück, XV, § 944, S. 199—204, Sintenis, II, § 112, Note 28, S. 566, § 104, Note 43, S. 441; Dernburg, II, § 92, S. 249, Wening-Ingenheim, II, § 289 Note *c.* und *d*, S. 293, Göschen, II, Abth. II, § 484, S. 313, Luden in Weiskes Rechtslexikon, III, S. 319, und von Aelteren: Hugo Donellus in Comm. ad. L. 11, C. h. t. 89., Jo. Voet, Comm. ad. Pand. h. t. § 9 und andere bei Glück a. a. O. Note 42, S. 203, 204 Citierte.

[13] cfr. die Litteraturnachweisungen bei Glück XV, § 944, Note 37, S. 199, 200.

und sodann analog auf andere Rechtsverhältnisse ausgedehnten Satz, dass impensae necessariae ipso jure den Anspruch mindern, und auf Grund der weiteren Rechtsregeln: „cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit",[14]) und in l. 1, § 4, D. 43. 18 (17) „dolo facit, qui petit, quod redditurus est" in l. 173, § 3, D. 50. 17 dem Depositar wegen notwendiger Verwendungen ein Retentionsrecht am Depositum gegenüber der actio depositi directa einzuräumen kein Bedenken getragen und sogar die Rechtsprechung ist von dieser Lehre nicht unbeeinflusst geblieben und hat das angebliche Retentionsrecht sogar auf nützliche Verwendungen und auf Schädensansprüche des Depositars aus dem Depositum ausgedehnt.

Allein diese Regeln, so richtig sie im allgemeinen sein mögen, sind eben durch das in l. 11, C. 4. 34 und § 30, J. 4. 6 enthaltene Ausnahmerecht im gegebenen Falle unanwendbar, und dass es sich besonders in letztgedachter Stelle um eine Ausnahmebestimmung handelt, beweisen die Worte „excepta sola depositi actione" sonder Zweifel. Und was den von Glück[15]) behaupteten Gerichtsgebrauch anlangt, so wird man wohl kaum daran denken dürfen, dass die Praktiker in diesem Falle von der bestimmten Absicht und Ueberzeugung, einen Rechtssatz gegen das Gesetz zu begründen, geleitet wurden, vielmehr annehmen müssen, dass sie von einer rechtsirrtümlichen Auffassung der Quellen ausgingen.[16])

Von neueren Juristen vertritt deshalb auch nur noch, aber keineswegs bestimmt, Puchta[17]) die Ansicht, dass in beschränkter Weise ein Retentionsrecht des Depositars anzuerkennen sei, indem er zunächst ausführt, dass die contraria actio beim Depositum eine ganz besondere Bedeutung und Wichtigkeit habe, weil die exceptio doli wegen Gegenforderungen nach justinianischem Recht nicht zugelassen werde. Die Ansicht vieler Praktiker, welche dieselbe dennoch zulassen wollten wegen notweniger Verwendungen von Seiten des Depositars, sei unrichtig, denn die dafür angeführte Stelle spreche jenen Grundsatz ganz allgemein aus und es sei kein innerer Grund vorhanden, sie zu beschränken.

Der Satz, dass die impensae necessariae ipso iure den Anspruch verringerten, finde hier keinen Platz. Sodann aber fährt Puchta, dem bis dahin völlig beizutreten ist, fort, höchstens könne dieser Grund dann angewendet werden, wenn die Forderung in eine Interesseforderung übergegangen sei, nicht aber, wo die deponirte Sache selbst noch gefordert werde.

---

[14]) cfr. auch l. 18, § 4, D. 13. 6 „quod contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis," und l. 15, § 2, D. 47, 2.

[15]) XV, S. 204.

[16]) So Sintenis, II, § 112, Note 28, S. 566.

[17]) Vorlesungen, § 321, S. 187.

Selbst dieser bescheidenen Einschränkung wird man seine Zustimmung versagen müssen, denn lässt man nur eine, wenn auch noch so geringe Abweichung von Justinians unbeschränktem Verbot der Retention und Kompensation zu, so ist nicht einzusehen, weshalb dieselben im übrigen bei sonst vorhandenen Voraussetzungen dieser beklagtischen Rechte ausgeschlossen sein sollen.

Fragt man endlich noch nach den Folgen widerrechtlich verweigerter Rückgabe des Depositums seitens des Depositars, so lautet die Antwort für das römische Recht sehr einfach dahin, dass der Depositar infam wurde, wenn er auf Herausgabe belangt zur Zahlung einer Geldsumme verurteilt wurde;[18]) diese Wirkung verlor sich in der Praxis und besteht heutzutage unbestrittenermassen nicht mehr zu Recht. War die Hinterlegung in Zeiten oder bei Gelegenheit besonderer Gefahr erfolgt, so gab der Prätor nach l. 1, § 1, D. 16. 3 eine Klage aufs Doppelte bez. es erfolgte die Verurteilung des Depositars in dieser Höhe Auch diese Bestimmung ist heute nach den obigen Ausführungen über die heutige Unanwendbarkeit der römischen Privatstrafen als antiquiert zu betrachten.

Fasst man das Resultat der bisherigen Untersuchungen kurz zusammen, so ergiebt sich, dass dem Mieter gegen die actio locati ein Retentions- und Kompensationsrecht zusteht, natürlich nur, soweit die Voraussetzungen dieser Rechte vorhanden sind, also Konnexität bezw. Gleichartigkeit und Fälligkeit des Gegenanspruchs, dass aber dem Depositar auch wegen konnexer und gleichartiger fälliger Gegenansprüche jene Rechte versagt sind, ferner, dass der die Rückgabe der vermieteten oder deponirten Sache grundlos und widerrechtlich verweigernde Mieter oder Depositar sich nach römischem Recht schweren Nachteilen aussetzte, wenn er es zu seiner Verurteilung kommen liess, dass aber endlich diese besonderen Nachteile heute nicht mehr geltenden Rechtes sind.

Wann aber eine grundlose und widerrechtliche Verweigerung der Rückgabe des Miets- bezw. Hinterlegungsobjekts vorliegt, und ob insbesondere in der Behauptung des Mieters oder Depositars, er selbst sei Eigentümer der geklagten Sache, eine zulässige Einrede gegen den Klaganspruch des Vermieters oder Deponenten erblickt werden kann, das soll in Nachstehendem genau untersucht werden.

Und zwar soll, da diese Frage in der Litteratur keineswegs in allen Punkten gleiche Beantwortung findet, zunächst getrennt für die Miete und das Depositum die Stellung der Quellen und der Stand der Kontroverse dargelegt und sodann die eigene Ansicht des Verfassers aufgestellt und begründet werden.

[18]) l. 6, § 6 und 7, D. 3, 2.

Kann derjenige, welcher als Mieter oder Depositar auf Rückgabe der Sache belangt ist, der Klage die Einrede seines Eigentums entgegensetzen?

I. Stellung der Quellen zu der aufgeworfenen Frage. Stand der Controverse.

§ 2.

Die locatio conductio rei.

Die einzige Quellenstelle, welche direkte Antwort auf die Frage giebt, ob der actio locati der Einwand des Eigentums mit Erfolg entgegengesetzt werden könne, ist ein Reskript der Kaiser Diocletianus und Maximianus aus der Zeit zwischen 293 und 305, welches sich in l. 25 C. 4. 65 findet und erklärt:

„Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, possessionem prius restituere debet et tunc de proprietate litigare."

Diese scheinbar so einfache Stelle hat die verschiedenartigste Auslegung gefunden.

Am radikalsten gehen diejenigen vor, welche behaupten, es sei ganz gleichgültig, ob ein gültiger Mietkontrakt vorliege oder nicht, denn die l. c. schliesse den Einwand des titulo conductionis besitzenden Eigentümers stets aus, um die Chikanen des conductor abzuschneiden, welcher trotz Endigung der Miete den klagenden locator durch unbegründete Vorwände hinhalte.[19]).

Andere stimmen im Princip dieser Auslegung zu, behaupten aber weiter, man pflege dann eine Ausnahme eintreten zu lassen, wenn die Einrede sofort klar gemacht werde,[20]) wobei bei dieser

[19]) Dernburg, II, § 111, Note 24, S. 304, ferner Unterholzner, II, § 499 Note c. S. 327 und 328, so auch Coccejus, lib. XIX, tit. II, quaest. XLI, S. 942, und nach dem Citat bei Thon S. 470, Note 2, Müller ad Struv. Ex. 24, th. 14 β, Ludovici doctr. Pand XIX, 2, § 19, Hellfeld, jurisp. for. § 1060. Der bei Thon a. a. O. weiter citierte Wening-Ingenheim lässt jedoch eine sehr wesentliche Einschränkung eintreten, indem er die im Text citierte Quellenstelle nur auf die Fälle bezieht, in denen der conductor nach Eingehung des Mietvertrages von einem Dritten das Eigentum erwarb. Er ist deshalb erst später zu nennen.

[20]) Thibaut, I, § 445 bei Note *m* S. 378; cfr. auch die in Note *m* enthaltenen Citate: Mevius. P. 2, Dec. 263, P. 3, Dec. 301, Berger, Oec. jur. L. 3, T. 5, Th. 24 n. 6. Müller ad Layser, Obs. 443; so auch ohne Angabe von Gründen: Lauterbach. lib. XIX, tit. II, Nr. 117, S. 1014.

Ausdrucksweise ungewiss gelassen wird, ob das römische Recht schon so aufzufassen sei, oder ob erst die Praxis diese Einschränkung habe eintreten lassen. Bestimmter sprechen denselben Gedanken wieder andere aus, indem sie sagen, die in Frage kommende Quellenstelle sei nur für den Fall zu verstehen, dass der conductor sein Eigentumsrecht nicht sofort klar machen könne, denn wenn er dies vermöge, so sei sofort auch klar, dass er überall aus der locatio et conductio nicht für verpflichtet gehalten werden könne,[21]) oder indem sie sagen, die l. 25 cit. lasse nicht undeutlich erkennen, dass über das Eigentum noch Streit stattfinden müsse, denn anderenfalls könne der Beklagte zur Restitution der Sache nicht mit Recht angehalten werden, weil ja der ganze Kontrakt gleich anfangs ungültig gewesen wäre,[22]) oder man müsse dann, wenn das Eigentum des Mieters bereits prozessualisch feststehe, die darauf gestützte Einrede nach dem Grundsatze petitorium absorbet possessorium, zulassen.[23]).

Abweichend hiervon wird behauptet, dass dann, wenn der Mieter während der Dauer des Mietvertrages das Mietobjekt von einem Dritten eigentümlich erworben habe, die exceptio dominii gegen die actio locati ausgeschlossen sei, wenn der Kläger das beklagtische Eigentum nicht zugestehe;[23a]) es wird also auch hier, aber nur in diesem besonderen Falle, Liquidität des Eigentums des Mieters verlangt, als Mittel dazu aber auch hier nur das Zugeständnis des Eigentumserwerbs bez. das Anerkenntnis des Eigentumsrechtes zugelassen. In den übrigen Fällen der Möglichkeit des Eigentums des Mieters am Mietobjekt, nämlich dann, wenn er bereits bei Eingehung des Mietvertrages Eigentümer desselben war oder während der Mietzeit vom Vermieter das Eigentum erwarb, sieht jedoch eine ganze Gruppe von Gelehrten von der Liquidität des beklagtischen Eigentums ab und lässt den Einwand des Eigenthums zu, weil ersterenfalls der Mietvertrag von Anfang an nicht zu Recht bestanden habe, anderenfalls nunmehr nicht bestehen könne.[24]). Dort charakte-

[21]) Göschen, II, Abth. II, § 510, S. 381.

[22]) Glück, XVII, § 1060, Weber S. 87–89, welch letzterer aber anerkennt, dass nicht in allen Fällen das Eigentum des Mieters an dem Mietobjekt den Mietskontrakt ungültig sein lasse. Auch Windscheid II, § 400, S. 458, lässt die Vorschrift der l. 25 cit. nur Platz greifen, wenn der Vermieter das einredeweise geltend gemachte Eigentumsrecht des Mieters bestreitet.

[23]) Weiske, VII, S. 785.

[23a]) Sintenis, II, § 118, Note 104, S. 671; anderer Meinung Thon a. a. O. zu III, S. 476—479, welcher hier der Liquidität keinen Vorzug vor der Illiquidität giebt; cfr. hierzu Martin in Schmidt von Klagen und Einreden, § 430, Note 3, S. 272 unter Bezugnahme auf sein Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses § 163, Nore 1.

[24]) Sintenis, II, § 118, S. 671 und Note 27, S. 661, Unterholzner, II, § 503, S. 340, Thon, a. a. O. zu I und II, S. 472—476, Wening-Ingenheim, II, § 263, S. 212; cfr. auch Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, § 520, S. 402.

risiert er sich als ein Leugnen des Klaggrundes, hier als die Behauptung, der Vertrag sei durch brevi manu traditio wieder aufgelöst.

Die vorangestellte Behauptung Dernburgs und Unterholzners teilte schon Puchta[25]) im Resultat, aber aus abweichendem Grunde. Er findet den Grund für die allgemeine Anwendbarkeit der l. 25 C. cit. darin, dass der locator Interdiktenbesitzer ist. Und dieser Begründung scheint auch Weiske[26]) zuzustimmen, welcher weiter ausführt, die citierte lex dürfte nur eine Folgerung daraus enthalten, dass der conductor, welcher den im Eigentumsbesitze befindlichen locator rechtswidrig an der Zurücknahme des vermieteten Grundstücks hindere, als Dejicient angesehen werde und daher dem interdictum de vi unterliege. Habe der conductor die Sache conductionis titulo erhalten, so besitze er sie im fremden Namen für den locator und diesen Besitz dürfe er sich nicht eigenmächtig dadurch ändern, dass er aus irgend einem Grunde fortan als Eigentümer besitzen wolle; vielmehr sei, wenn er dies versuche, das interdictum de vi gegen ihn anwendbar, in welchem possessorischen Streite natürlich die Frage über sein Eigenthum nicht zur Entscheidung kommen könne. Hieraus ergebe sich, dass l. 25 C. cit. überhaupt nur dann Anwendung finde, wenn die angestellte Klage die Erfordernisse jener Besitzklage habe, und ferner, dass man nur dann eine Ausnahme von der Regel zulassen könne, wenn der conductor während der Mietzeit vom locator das Eigentum erworben habe; denn diesesfalls sei die Rücklieferung durch die vom conductor an sich selbst vorgenommene brevi manu traditio in der That bewirkt und der geltend gemachte Erwerb enthalte eigentlich die Einrede der Erfüllung, weil der Erwerb vom locator selbst den conductor zur Umwandlung seines animus possidendi berechtige.[27])

Habe aber der conductor bereits zur Zeit des Vertragsschlusses das Mietsobjekt eigentümlich besessen, so sei keine Ausnahme von dem Grundsatze der l. 25 C. cit. anzuerkennen, da der putative titulus conductionis auf Seiten des Mieters eben so sehr die Absicht, für den Vermieter zu besitzen, begründe, wie ein wirklicher, und eine spätere Entdeckung des Irrtums die eigenmächtige Umwandlung des animus possidendi nicht rechtfertige.

§ 3.

Das Depositum.

Die einzige für die Beantwortung der Frage, ob der actio depositi gegenüber die Einrede des dem Depositar am Depositum

[25]) Pandekten § 366, S. 557.
[26]) Weiske, Rechtslexikon VII, S. 785.
[27]) Dass diesesfalls die Einrede liquid zu sein brauchte, kann natürlich niemand behaupten.

zustehenden Eigentums beachtlich sei, in Betracht kommende Quellenstelle ist die in l. 11, C. 4, 34 enthaltene, in § 1 dieser Abhandlung in ihren wesentlichsten Teilen wiedergegebene Verordnung Justinians, nach welcher der Klage aus dem Depositum auch keine actio in rem entgegengestellt werden soll.

Ob hierdurch aber der Einwand des Eigentums gegen die actio depositi ausgeschlossen ist, das hat in der Doctrin und Praxis eine ausserordentlich verschiedene Beurteilung gefunden.

Während Windscheid[28]) dem Beklagten die Berufung auf sein vom Gegner bestrittenes Eigentum an der deponirten Sache auf Grund der l. 11, C. cit. versagt und somit die exceptio dominii nur in dem Falle zulässt, wo der Kläger das Eigentum des Beklagten anerkennt, lassen sie andere aus verschiedenen Gründen in weiterem Umfange zu.

Die meisten gehen davon aus, dass ein Depositum an der dem Depositar gehörigen Sache, abgesehen von besonderen Verhältnissen, nichtig ist; sei er schon zur Zeit des Empfangs der Sache Eigentümer gewesen, so schütze er, wenn er sich auf sein Eigentum berufe, keine dingliche Klage vor, sondern leugne die Rechtsbeständigkeit des Depositums, habe er aber die Sache während der Dauer des Vertragsverhältnisses vom Deponenten erworben, so habe das Depositum sein Ende gefunden und die Zulässigkeit der Berufung hierauf sei vollends unzweifelhaft.[29]) Ja, schon Lauterbach[30]) sagt unter Berufung auf l. 15, l. 31, § 1, D. 16, 3 und l. 45, D. 50, 17.

> „Qui rem suam apud se deponi patitur, depositi non tenetur, nam domini imprimis interest, rem custodiri. Dominus autem jure obligationis, ratione rei suae, non adstringitur propter suum interesse; deinde bona fides non permittit, ut dominus alteri rem suam restituere teneatur."

Mit Modifikationen kommt die vorstehende Lehre auch bei anderen vor. Luden[31]) unterscheidet, ob mit der Einrede des Eigentums behauptet wird, der Depositar sei gleich anfangs Eigentümer der Sache gewesen oder ob er sich nur darauf beruft, später nach geschehenem Depositum Eigentum daran erworben zu haben. Sei davon die Rede, dass der Depositar schon vor dem angeblichen Depositum Eigentum an der Sache gehabt habe, so habe dieselbe gar nicht bei ihm deponirt werden können, da es in Gemässheit der oben, bei Erwähnung der Lauterbach'schen Ansicht citierten Quellenstellen kein Depositum solcher Sachen gebe, welche

[28]) Windscheid, II, § 378, S. 387.

[29]) Dernburg, II, § 92, Note 22, S. 249; ähnlich auch Sintenis, II, § 112, S. 565, Wening-Ingenheim, II, § 289, S. 293, Unterholzner, II, § 659, S. 665, Koch, III, § 274, S. 464 in Verbindung mit § 268, S. 429—431; cfr. auch Blätter für Rechtspflege, XXXVII, S. 159.

[30]) Lauterbach, lib. XVI, tit. 3, No. XI, S. 768.

[31]) Luden in Weiskes Rechtslexikon, III, S. 319, 320.

dem Depositar eigentlich zugehörten. Letzterer brauche also in diesem Falle nicht zu restituieren, da kein Grund vorhanden sei, aus welchem er dazu verbunden sein sollte. Behaupte dagegen der Depositar, erst nach dem Depositum Eigentum an den Sachen erworben zu haben, so komme es darauf an, ob seine Einrede sofort liquid sei oder nicht. Im letzteren Falle sei es unbestritten, dass sich der Depositar mit derselben der Pflicht, die Sache sofort zu restituieren, nicht entziehen könne, wie es denn auch in der That unbillig sein würde, wenn die Restitution so lange ausgesetzt bleiben sollte, bis die vorgeschützte Einrede ausgemacht wäre. Nach der l. 11, C. cit. würde sogar im Falle sofortiger Liquidität der Einrede des Eigentums der Depositar mit derselben in diesem Prozesse nicht gehört werden dürfen, sondern dessenungeachtet zur Restitution der Sache verurteilt werden müssen. Da aber der Deponent alsdann auf eine von dem Depositar anzustellende Klage sogleich verurteilt werden müsste, die Sache demselben wieder zurückzuliefern, so würde es teils anderen anerkannten Rechtsgrundsätzen, wie dem in l. 8, pr. D. 44, 4 enthaltenen „dolo facit, qui petit, quod redditurus est" widerstreiten, teils im praktischen Resultate nur auf eine Weitläufigkeit hinauslaufen, wenn in diesem Falle der Depositar in dem einen Prozesse verurteilt werden sollte, die Sache dem Deponenten zu restituieren, um sie nachher in einem anderen Prozesse von demselben wieder zurückzuerhalten. Daher nehme man mit Recht an, dass sich der Depositar durch die sofort liquide Einrede, selbst Eigentümer der deponirten Sache zu sein, gegen den Restitutionsanspruch wirksam vertheidigen könne.

Etwas abweichend hiervon unterscheiden andere gar nicht die Zeit und die Person des Auctors des auf Zurückgabe des Depositums belangten Depositars. Man erklärt, man pflege als Ausnahme von der Regel, dass der Depositar die Restitution nicht verweigern dürfe, den Fall anzuführen, dass der Depositar selbst Eigentümer sei. Darin liege aber keine Ausnahme von der Regel, sondern eine obligatio ex deposito sei dann überall nicht vorhanden. Die Berufung auf das Eigentum sei hier nicht sowohl eine exceptio, als ein Ableugnen des Klaggrundes; man pflege indessen zu fordern, dass der Depositar im Stande sei, seine Behauptung sofort darzuthun.[32]) Oder man argumentirt, die Vorschrift der l. 11, C. cit. beziehe sich natürlich nicht auf Negationen, und eine solche, nicht eine exceptio, sei es, wenn der beklagte Depositar sich auf sein Eigentum berufe; aber dieser Einwand werde doch nur dann gehört werden können, wenn der Anspruch sofort liquid sei, denn ausserdem stehe zwar nicht die Beschränkung der exceptio durch jene Gesetzesvorschrift, aber der juristische Besitz des Deponenten

[32]) Göschen, II, Abtl. II, § 484, S. 313, 314; Liquidität verlangt ferner Thibaut, § 481, S. 405.

und seine Berechtigung zu den possessorischen Interdikten der Wirksamkeit dieser Vertheidigung entgegen.[33])

Im praktischen Resultate gleich, in der Begründung aber abweichend erklärt Glück,[34]) schütze der Depositar die Einrede vor, dass ihm das Eigentum an der Sache zustehe, so komme es darauf an, ob er diese Einrede sofort liquid machen könne oder nicht. Letzterenfalls müsse der Depositar seiner Einwendung ungeachtet zur Herausgabe der Sache verurteilt werden. Denn sei der Kontrakt an sich ausser Zweifel, so könne der verklagte Depositar einseitig die causa possessionis ebensowenig ändern, als von dem Deponenten verlangen, dass die vorgeschützte Einrede erst völlig ausgemacht und bis dahin die Zurückgabe der Sache verschoben werde. Er müsse vielmehr die Sache dem Deponenten auf Grund seiner vertragsmässigen Verpflichtung zurückgeben und dann erst könne er sein vermeintliches Eigentum klagend verfolgen.[35])

In dem ersten Falle dagegen könne der Depositar nicht verurteilt werden Denn es würde ebensowenig mit der bona fides, auf welche Tryphonin in l. 31, § 1, D. 16, 3 alles zurückführe und welche aequitatem summam erfordere, als mit der Gerechtigkeit, quae suum cuique tribuit, ut non distrahatur ob unius personae iustiore petitione, zu vereinbaren sein, wenn der Kläger des beklagtischen klar erwiesenen Eigentums ungeachtet auf der Herausgabe der Sache bestehen wollte. Die Gesetze betrachteten hier das Begehren des Klägers als eine Chikane, welche sie verwürfen. Dolo facit, sagt Paulus in l. 8, pr. D. 44, 4, qui petit, quod redditurus est. Es falle ja auch bei Liquidität des beklagtischen Eigentums aller Grund der Klage weg, weil ein depositum rei suae nach Ulpians Ausspruch in l. 45, pr. D. 50, 17 an sich nichtig sei. Wolle man auch unter den Worten der l. 11, C. 4, 34

> „quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem vel hypothecariam praetendens"

den Fall mitbegreifen, wenn der Depositar einen Eigentumsanspruch an dem Depositum geltend macht, so könne doch von dieser Vorschrift, wenn sie nicht den bekanntesten Rechtsprinzipien widerstreiten, ja mit sich selbst im Widerspruch stehen solle (weil ausdrücklich als Grund der l. cit. angegeben werde, ut non contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur) nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn das vorgeschützte Eigentum noch illiquid sei.

Dieses Erfordernis der Liquidität des von dem Depositar be-

---

[33]) Puchta, Pandekten, § 321, Note *r*. S. 502, Vorlesungen, § 321, S. 187.

[34]) Glück, XV. § 944, S. 196—199.

[35]) So auch Weber, S. 89—104, welcher sich besonders noch auf den Satz der l. 3, § 19, D. 41, 2 stützt, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse.

haupteten Eigentums beschränkt das Reichsgericht[36]) sehr wesentlich, indem es zunächst unter Angabe zahlreicher Belegstellen kurz erwähnt, dass die strittige Frage, ob der Depositar die von dem Deponenten verlangte Zurückgabe der deponierten Sache aus dem Grunde verweigern könne, weil er selbst nach der Deposition das Eigentum der Sache erworben habe, namentlich in älterer Zeit auf Grund der Vorschrift in l. 11, C. cit. verneint worden sei; in neuerer Zeit sei mit Recht angenommen worden, dass der Depositar den Anspruch des Deponenten auf Herausgabe der deponierten Sache mit der Behauptung, er sei Eigentümer derselben, beseitigen könne, sofern diese Behauptung liquid sei. Allein diese Beschränkung sei nicht auf den Fall zu beziehen, wenn der Depositar behaupte, das Eigentum der deponirten Sache von dem Deponenten selbst erworben zu haben, sondern nur auf die Fälle, in denen der Erwerb von einem Dritten behauptet werde. Denn wenn der Depositar das Eigentum der deponierten Sache von dem Deponenten nach der Deposition erwerbe, so liege darin eine vertragsmässige Aufhebung des Aufbewahrungsvertrages; es falle damit die Verpflichtung zur Rückgabe der hinterlegten Sache hinweg und es fehle der Klage an der rechtlichen Begründung.

Besonders interessant ist eine Entscheidung des II. Zivilsenats des gemeinschaftlichen Thüringischen Oberlandesgerichts Jena vom 13. Februar 1896,[37]) welche sich allerdings nur mit dem Falle beschäftigt, dass eine Sache bei dem Eigentümer hinterlegt wird. Es wird hier mit der herrschenden Meinung der Einwand des Eigentums als Leugnen der Rechtsbeständigkeit des Depositums der eigenen Sache zugelassen, sodann bemerkt, dass das Erfordernis der Liquidmachung für den gedachten Einwand des Depositars nicht von allen Rechtslehrern aufgestellt werde, und schliesslich ausgeführt, jedenfalls habe jenes Erfordernis seit Einführung der deutschen Zivilprozessordnung aufgehört zu existiren. Dem jetzigen Prozessrechte sei das Institut der Liquidmachung unbekannt. Abgesehen von dem fest begrenzten Gebiete der Glaubhaftmachung und abgesehen von dem Urkunden- und Wechselprozesse, sowie von einigen, in der Zivilprozessordnung besonders vorgesehenen Ausnahmen bestehe für alle Angriffs- und Verteidigungsmittel Gleichheit vor dem Gesetze insofern, als sie unterschiedslos an dem Institute der Beweisführung teilnähmen, ohne dass dem Richter gestattet sei, einzelne Verteidigungsmittel zurückzusetzen und von der Benutzung dieses Instituts teilweise auszuschliessen. Jenes fragliche Erfordernis hätte, um es nicht untergehen zu lassen, in dem Einführungsgesetze zur Zivilprozessordnung vorbehalten werden müssen.

[36]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, XV, No. 48, S. 210.
[37]) In den Blättern für Rechtspflege, XXXVII, S. 157—161, bereits in Note 29 citiert.

§ 4.

Die eigene Ansicht des Verfassers.

Betrachtet man die für die Beantwortung des Themas einschlägigen Quellenstellen, welche in § 1 und 2 wörtlich citiert sind, für sich, so gewinnt es den Anschein, als ob allerdings der Einwand, der auf Rückgabe der Sache belangte Mieter oder Depositar sei Eigentümer derselben, absolut ausgeschlossen sei. Denn wenn l. 25, C. 4, 65 sagt

„si quis conductionis titulo . . . . . rem accepit, possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare"

so lässt sich dies an und für sich schlechterdings nicht anders auffassen, als dass derjenige, welcher eine Sache conductionis titulo erhielt, dieselbe zuvörderst zurückgeben müsse und dann erst seine vermeintlichen oder wirklichen Eigentumsrechte klagend geltend machen könne.[38]) Erkennt der auf Rückgabe der Sache klagende Vermieter das Eigentum des beklagten Mieters an, so kann von einem litigare de proprietate keine Rede sein und die Voraussetzung dafür, nämlich das vorherige Zurückgeben, ja überhaupt die Geltendmachung eines Eigentumsanspruchs für den Mieter fällt weg,[39]) denn confessus est pro judicato.[40]) Diesesfalls ist aber auch der mit der actio locati geltend gemachte Anspruch des Vermieters auf Rückgabe des Mietsobjekts unbegründet, denn er entzieht damit seiner Klage den Boden, wenn er nicht replicando besondere Umstände zur Unterstützung derselben geltend zu machen d. h. nachzuweisen vermag, dass sein Anspruch trotz des beklagtischen Eigentums zu Recht besteht.

Etwas anderes möchte aber auch aus l. 11, C. 4, 34, an und für sich betrachtet, nicht herauszulesen sein.

Auch hier handelt es sich um Jemand, der res per depositionis titulum accepit und von welchem gesagt wird, dass er auf jede Weise anzuhalten sei, die Sache dem zurückfordernden Deponenten sogleich zurückzugeben. Es wird ferner von diesem Depositar gesagt, es stehe ihm nicht nur kein Kompensationsrecht oder Abzugsrecht, sondern auch keine exceptio doli gegen die actio depositi directa auf Grund persönlicher oder dinglicher Ansprüche[41]) zu.

[38]) So ja auch in der That Dernburg, II, § 111, S. 304. Dass in der l. 25 C. cit. von possessionem statt rem gesprochen wird, ist m. E. nicht auffällig, da es den Gegensatz zur streitigen proprietas bildet und vorerst nur feststeht, dass der Beklagte auf Grund des Mietvertrages die Detention der Sache hat. cfr. dazu auch Thon, a. a. O. S. 478, 479, Note 3.

[39]) So auch Windscheid, II, § 400, S. 458.

[40]) Vom Standpunkt Weiskes könnte man hier allerdings sagen „petitorium absorbet possessorium".

[41]) actiones personales vel in rem lässt sich m. E. nur übersetzen, wie im Text geschehen und nicht wie Dernburg II, § 92, S. 249, welcher von dem Vorschützen einer . . . . . dinglichen Klage spricht.

Wenn die l. cit. dann weiter sagt „et postea legitimae actiones integrae quoque ei reserventur", so heisst dies offenbar ganz analog, wie bei der Miete, nach Zurückgabe der Sache stehe der Geltendmachung der gesetzlichen Ansprüche des Mieters, also auch seiner actio in rem, speciell seiner Eigentumsklage, nichts im Wege.[42]) Dabei wird, und dies scheint besonders beachtlich, darauf hingewiesen

„ut non concessa ei retentio generetur et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur".

Legt Justinian so grosses Gewicht auf die bona fides und ist nach seinen eigenen Worten nur die Verhinderung einer Perfidie der Zweck seines Gesetzes, so ist wenigstens das sofort klar, dass auch hier das Zugeständnis derjenigen Thatsachen, welche das Eigentum des beklagten Depositars begründen, und das Anerkenntnis dessen Eigentums selbst, genau wie bei der Miete vorstehend deduciert, die Verurteilung desselben abwenden muss,[43]) wenn der Deponent nicht besondere Umstände replicando geltend zu machen vermag, welche den Aufbewahrungsvertrag trotz des Eigentums des Depositars rechtsbeständig erscheinen lassen. Denn es hiesse doch weit über das Ziel schiessen und gerade das Gegenteil von dem erreichen, was erreicht werden soll, wenn man, um die Perfidie des Depositars auszuschliessen, der Perfidie des Deponenten einen Freibrief ausstellen wollte. Und dass dies Justinian nicht wollte, darf wohl sofort als selbstverständlich angenommen werden.

Man wird aber auf einen besonderen und, soviel ich sehe, noch von keiner Seite berührten Umstand Gewicht legen müssen.

Das ausgesprochene Bestreben Justinians, Treulosigkeit des Depositars auszuschliessen, und der weitere Umstand, dass in l. 49, D. 24, 1 „titulus" mit „color" identificirt wird, legt den Gedanken nahe, dass sowohl in l. 11, C. 4, 34, als in l. 25, C. 4, 65 titulus mit Vorwand oder Schein zu übersetzen ist. Sollte dies aber richtig sein, so erstreckte sich die Verpflichtung des Mieters oder Depositars zur Zurückgabe des Objekts nur auf betrüglich erlangte Miets- bezw. Hinterlegungsobjekte.

Fasst man die beiden in Rede stehenden Stellen aber so auf, so besagen sie nichts anderes, als dass derjenige, welcher einen Anspruch und zwar speziell einen Eigentumsanspruch betrüglich dadurch realisiere, dass er eine ihm (vermeintlich oder wirklich) ge-

[42]) cfr. auch die Vorschrift derselben Stelle „Quod obtinere, sicut jam dictum est, oportet, et si ex una parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita, ut integra omni legitima ratione servata, depositae res . . . . . prima fronte restituantur. Hier möchte statt „ratione" vielleicht „actione" zu lesen sein, zumal da auf die „vorstehende Vorschrift" Bezug genommen ist. Dass der Vorbehalt der „actio legitima" erwähnt wird, lässt vielleicht vermuthen, dass an den Gegensatz von Natural- und klagbaren Obligationen von Justinian gedacht wurde. Der Sinn würde dann der sein, dass die Unzulässigkeit einer an sich zulässigen Kompensation kein Klagrecht verleihe.

[43]) So auch Windscheid, II, § 378, S. 387.

hörige Sache von einem Anderen miete, oder sich zur Aufbewahrung geben lasse, dieselbe im Hinblick auf die bona fides, welche die Miete und das Depositum regiere, unter allen Umständen zurückgeben müsse, dass ihm aber seine etwaigen Ansprüche an die Sache gewahrt bleiben. Natürlich kann er dann auch dem Kläger keine dolose Handlungsweise vorwerfen, wenn dieser das vermietete oder hinterlegte Objekt zurückfordert und kann ihm nicht mit Paulus l. 173, § 3, D. 50, 17 entgegenhalten „dolo facit, qui petit, quod redditurus est", da er selbst eines dolus (specialis) sich schuldig machte. Es kompensirt sich dann dolus gegen dolus und es rechtfertigen sich die hierher gehörigen Gesetzesstellen ohne weiteres von selbst.

Verfolgt man diesen Gedanken noch weiter, so scheint er auch präzise Antwort auf die Frage zu geben, warum dem Mieter (Retentions- und eventuell) Kompensationsrechte am Mietsobjekt zustehen, dem Depositar jedoch solche Rechte versagt sind. Denn diejenigen Quellenstellen, welche sie zugestehen,[44]) gehen nicht, wie l. 11, C. 4, 34, welche sie versagt, von der gleichen Voraussetzung aus, dass nämlich der Vertrag durch das Getäuschtwerden des Rückforderungsberechtigten zu Stande kam. Liegt auch dem Zustandekommen des Mietvertrags ein Getäuschtsein des Vermieters durch den Mieter zu Grunde, so steht dem auf Rückgabe des Objekts belangten Mieter dann selbst kein Kompensationsrecht zu, wenn er Eigentümer desselben ist. Von diesem Standpunkte aus bildet l. 25, C. 4, 65 durchaus keine Abnormität, als welche sie fast allgemein betrachtet wird.[45])

Ja, man kann noch weitergehen und sagen: Wenn derjenige, welcher bei einem rechtmässig und ohne Täuschung zu Stande gekommenen Mietvertrag auf Rückgabe belangt wird und es bis zu seiner Verurteilung kommen lässt, aufs Doppelte verurteilt werden sollte und wenn der Depositar durch seine Verurteilung zur Geldkondemnation infam wurde und ebenfalls der poena dupli unterfiel, wenn das Depositum in Zeiten der Not gegeben war,[46]) und wenn die Gesetze[47]) den die Zurückgabe des Mietobjektes verweigernden Mieter geradezu als invasor alienae possessionis bezeichnen und gegen ihn die Strafen der unerlaubten Selbsthilfe in Anwendung bringen, welche die Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius demjenigen androhten, welcher die ihm eigentümlich gehörige in fremdem Besitz befindliche Sache mit Gewalt wegnimmt, so war es nicht mehr als Recht und billig, auch demjenigen, welcher unter dem Vorwande, mieten bezw. aufbewahren zu wollen, die Absicht verfolgte, seine wirklichen oder vermeintlichen Eigentums- oder

[44]) cfr. oben, Note 3.
[45]) cfr. Weiskes Rechtslexikon, VII, S. 785.
[46]) cfr. oben in § 1.
[47]) l. 10, C. 8, 4 und bezw. l. 33 (34) C. 4, 65.

anderen Rechte zu realisieren, die Berufung auf diese seine Rechte, wenigstens in diesem Prozess, zu versagen, wenn man auch nicht soweit ging, ihm zur Strafe seine etwaigen Rechte verlieren zu lassen.[48])

Zieht man aber weitere Konsequenzen aus der vorstehenden Auffassung, so würde man dahin kommen, auch dem Depositar Kompensations- und ev. Retentionsrechte gegen die Klage des Deponenten auf Zurückgabe des Depositums zuzubilligen, wenn die Voraussetzungen dieser Rechte im Uebrigen gegeben sind und das Rechtsgeschäft nicht auf einer betrüglichen Handlungsweise des Depositars beruhte. Diese Konsequenz ist aber durch die in § 1 citierte positive Gesetzesbestimmung des § 30, J. 4, 6 ausgeschlossen; aber auch sie giebt als Grund an „ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur", also die Besorgnis, dass der Deponent anderenfalls betrogen werde.

Dann aber würde in allen Fällen, in denen der Miet- oder Aufbewahrungsvertrag nicht durch Täuschung des Vermieters zu Stande kommt, der auf Zurückgabe des Vertragsobjekts Belangte sich auf sein Eigentum berufen dürfen und könnte selbst dann, wenn der Kläger dieses Eigentum leugnet, die Herausgabe verweigern, bis die Grundlosigkeit seiner Einrede richterlich festgestellt ist, freilich mit dem Risiko, dass er diesesfalls den schwerwiegenden Nachteilen grundloser Verweigerung der Rückgabe unterlag.

Wollte man sich etwa darüber wundern, dass derjenige, welcher im guten Glauben auf sein Eigentumsrecht gestützt die Rückgabe verweigert und doch dazu verurteilt wird, aufs duplum verurteilt, bezw. infam wurde, so ist nur daran zu erinnern, dass ja auch der in gutem Glauben leugnende Beklagte in duplum verurteilt wurde.

Es wäre danach in l. 25, C. 4, 65 und in l. 11, C. 4, 34 das von Weber[49]) als äusserst wünschenswert bezeichnete Gesetz gegen die unlauteren Absichten desjenigen enthalten, der durch Eingehung eines Miet- oder Aufbewahrungs-Vertrags sich erst den Besitz einer Sache, die er in Anspruch zu nehmen gedachte, verschaffte und eben dadurch den bisherigen Inhaber derselben um die Vorteile des Besitzes im Laufe des Rechtsstreites zu bringen wusste.

Fragt man, welche Bedenken der zum Ausgangspunkt der vorstehenden Argumentationen gemachten Auffassung entgegenstehen, dass das accipere conductionis titulo bezw. per depositionis titulum zu verstehen ist als die Empfangnahme einer Sache unter dem Vorwande, sie mieten bezw. für einen Anderen aufbewahren zu wollen, so ist es nur der Umstand, dass mit dem Begriffe des

[48]) Es ist dies also eine wohlbegründete Ausnahme von dem in § 1 erwähnten Satz der l. 1, § 4, D. 43, 18 (17) „cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit" und dem weiteren in l. 18, § 4, D. 13, 6 „quod contrario iudicio consequi quisque potest id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis". cfr. auch l. 15, § 2, D. 47, 2.

[49]) Weber, S. 91, 92.

Titels keineswegs immer die Täuschung eines Vertragskontrahenten verbunden zu sein braucht. Denn unter Titel versteht man Thatbestände der Ursachen von Rechtswirkungen,[50]) mag das Rechtsgeschäft gültig sein (wahrer Titel) oder nur thatsächlich abgeschlosssen, aber nichtig sein (Putativtitel).

Hätten aber die römischen Kaiser die Einrede des Eigentums dem auf Grund eines gültigen Miets- oder Aufbewahrungsvertrags auf Zurückgabe der Sache Belangten schlechthin versagen wollen, so wären sie mit den einfachsten Rechtsgrundsätzen in Widerspruch geraten, denn nach Ulpians Ausspruch in l. 45, pr. D. 50, 17 „neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest". Das Eigentum des Mieters bezw. Depositars an dem Vertragsobjekt lässt eben einen gültigen Vertrag gar nicht entstehen, und offenbar auch nicht fortbestehen,[51]) wenn es erst nach Abschluss des Vertrages erworben wurde.

Man vergleiche dazu den Ausspruch Julians in l. 15, D. 16, 3:

> „Qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi, nec commodati actione tenetur, sicut, qui rem suam conduxit, aut precario rogat, nec precario tenetur, nec ex locato."[52])

Wenn aber dieselben Kaiser Diocletian und Maximian, von denen l. 25, C. 4, 65 stammt, in l. 20, C. 4, 65 sagen:

> „Qui rem propriam conduxit, existimans alienam . . . . . inefficacem contractum facit",

und in l. 23, C. 4, 65 erklären:

> „Ad proprietatem rei propriae sive defensionem non sufficit, locatio ei facta qui post de dominio coeperit contendere, cum inscientia domini proprii et errantis nullum habet consensum, sed ex eventu, si victus fuerit, contractus locationis non consistere magis declaretur. Nemo euim sibi iure possessionem mutare potest",

so scheint die Erwähnung des Irrtums des Mieters, was gleicherweise auch für den Depositar gelten möchte, darauf hinzuweisen, dass der Empfänger sich keiner Täuschung bei Eingehung des Vertrags schuldig machte, d. h. die Fälle ausschliessen zu wollen, in denen ausnahmsweise trotz Eigentumsrechts des Mieters (oder Depositars) ein gültiger Vertrag zu Stande kommen kann, d. h. wenn die eigene

[50]) So Dernburg, I, § 79, S. 185.

[51]) cfr. betreffs der Miete l. 9, § 6, l. 10, D. 19, 2, wo in dem Falle, dass der Mieter nachträglich von dritter Seite das Mietsobjekt geschenkt oder vermacht bekam, von Julian gesagt wird: „ex conducto recte agam . . . . . ., ut me liberes".

[52]) cfr. auch den Ausspruch des Juristen Javolenus in l. 21, D. 41, 3.

Sache als solche mit Wissen und Willen gemietet bezw. zur Aufbewahrung erhalten wird.[53])

Gerade die immer wiederkehrende Erwähnung des Irrtums des Empfängers scheint aber mit Notwendigkeit dazu zu führen, in l. 25, C. 4, 65 und in l. 11, C. 4, 34 anzunehmen, dass Jemand bewusstermassen einen Miet- bezw. Aufbewahrungsvertrag über seine eigene Sache abschliesst.

Man beachte nur l. 31, § 1, D. 16, 3, wo der Jurist Tryphoninus sagt:

> „Si . . . . ignorans latro, cuius filio vel servo rem abstulisset, apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex jure gentium constitet depositum; cujus haec est potestas, ut alii, non domino, sua ipsius res quasi aliena servanda detur. Et si rem meam fur, quam me ignorante surripuit, apud me etiam nunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur, non contrahi depositum, quia non est ex bona fide bona, rem suam dominum praedoni restituere compelli; sed et si etiam nunc ab ignorante domino tradita sit, quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet".

Danach muss doch gewiss angenommen werden, dass der Eigentümer, bei welchem eine Sache hinterlegt wurde, ohne dass er deren Entwendung durch den späteren Deponenten zur Zeit der Hinterlegung kannte, der actio depositi auf Rückgabe der Sache den Einwand seines Eigentums entgegensetzen dürfe, dass aber umgekehrt der Depositar selbst dem Dieb gegenüber sich nicht auf sein Eigentum berufen kann, wenn er bei Empfangnahme der Sache sie aufbewahren zu wollen erklärte, obwohl er sein Eigentum kannte und nur die Absicht verfolgte, auf diese Weise sich wieder in den Besitz zu setzen. Die Betonung der Unkenntnis des Depositars betreffs seines Eigentums lässt ein derartiges argumentum a contrario, welches mit l. 11, C. 4, 34 übereinstimmt, unabweislich erscheinen.

Uebrigens fragt es sich, ob in den beiden mehrgedachten Kaiserkonstitutionen l. 25, C. 4, 65 und l. 11, C. 4, 34 an eine actio locati bez. depositi directa gedacht werden muss. Der Vertrag über eine eigene Sache ist nach dem weiter oben Gesagten gültig, wenn der Mieter oder Depositar mit Wissen und Willen seine eigene Sache mietete oder zur Aufbewahrung erhielt und redlich war, wenn also die Kontrahenten trotz Eigentums des Empfängers die seinerzeitige Rückgabe des Objekts und bezw. die Zahlung des Mietgeldes vereinbarten. Dass sich hier der auf Zurückgabe Belangte nicht auf sein Eigentum berufen kann, ist selbstverständlich und ebenso angemessen erscheint die Zulässigkeit der

[53]) cfr. l. 29, pr. D. 7, 4, l. 35, § 1, l. 37, D. 13, 7, l. 37, l. 28, D. 41, 2; cfr. auch Sintenis, II, § 112, Note 10, S. 564 und Koch, III, § 347 und Note 20, S. 913.

Berufung auf dasselbe, wenn er irrtümlich ein Rückgabeversprechen deshalb abgab, weil er nicht wusste, dass es sich auf seine eigene Sache bezog. Auch diesesfalls klagt der Vermieter bez. Deponent mit actio locati bez. depositi und der Beklagte, der sich auf sein Eigentum beruft, leugnet die Rechtsbeständigkeit des geltend gemachten Rechtsgeschäfts.

Nicht anders liegt der Fall aber dann, wenn der Beklagte den Willen, einen Miet- oder Aufbewahrungsvertrag abzuschliessen, hatte, um sich betrüglich in den Besitz des ihm (vermeintlich oder wirklich) gehörigen Vertragsobjekts zu setzen. Denn auch diesesfalls war ein gültiger Vertrag zufolge der Kenntniss seines Eigentumsrechts und weil seine Mentalreservation belanglos ist, vorhanden. Es stehen dieser Auffassung die weiter oben citierten Quellenstellen l. 45, pr. D. 50, 17, l. 15, D. 16, 3 und l. 20, l. 23, C. 4, 65 nicht im Wege, da sie von der Annahme des Mieters oder Depositars ausgehen, das Vertragsobjekt sei ein fremdes.

Es findet also auch in den Fällen der l. 65, C. 4, 65 und l. 11, C. 4, 34 lediglich die actio locati conducti bezw. depositi directa gegen den Mieter bezw. Depositar statt.

Eine besondere Stütze für die in dieser Abhandlung vertretene Auffassung des titulus conductionis bez. depositionis in l. 25, C. 4, 65 und l. 11, C. 4, 34 möchte man gerade aus den in § 2 und 3 dargelegten Ausführungen der Rechtslehrer und Praktiker herleiten, welche zum grössten Teil notgedrungen mehrere Ausnahmen von der Regel der erwähnten leges zulassen müssen. Zieht man die Möglichkeiten des Eigentumserwerbes des Mieters oder Depositars nach Zeit und Person in Betracht, so kommt man zu nachstehender Einteilung, bei welcher von der Voraussetzung ausgegangen wird, dass der Empfänger sich keines dolosen Verhaltens schuldig machte und bezw. nicht wusste, dass er eine ihm gehörige Sache erhielt.

1. Der Mieter oder Depositar war bereits zu Zeit des Vertragsschlusses Eigentümer des Vertragsobjekts. Dann ist, wie schon mehrfach auf Grund der Quellen nachgewiesen wurde, der Vertrag nichtig und der auf Zurückgabe Belangte, welcher sich auf sein Eigentum beruft, schützt nicht die exceptio dominii vor, sondern leugnet die Rechtsbeständigkeit des Vertrags.

2. Der Vertrag war gültig abgeschlossen und der Mieter oder Depositar wurde nunmehr erst Eigentümer des Objekts, auf dessen Rückgabe er verklagt wird.

Diesesfalls ist zu unterscheiden: Hat der Beklagte das Eigentum vom Vermieter oder Deponenten erworben, so ist der Vertrag beendet, der Beklagte zufolge sog. brevi manu traditio (denn andernfalls ist überhaupt kein Eigentum erlangt) berechtigt, auch in diesem Falle die Rechtsbeständigkeit des Vertrages zu bestreiten.

Erwarb der Beklagte aber das Eigentum von einem Dritten, so ist er nach l. 10, D. 19, 2 berechtigt, von dem Kläger wider-

klagend mit actio conducti zu verlangen, dass dieser ihn aus dem Vertrage entlasse, wenn man nicht auch hier die allgemeinen Behauptungen der Quellen als genügenden Grund zur Vertheidigung erblicken will, einesteils, dass der Miet- und Aufbewahrungsvertrag an eigener Sache nichtig ist und dass anderenteils „dolo facit, qui petit, quod redditurus est".

In allen diesen Fällen besteht also der Einwand des beklagtischen Eigentums zu Recht und es würde sich nur fragen, ob Liquidität erforderlich sei.

Von dem in dieser Abhandlung vertretenen Standpunkte aus liegt aber gar kein Grund dazu vor und man wird wohl dem mehrfach citierten Urteil des II. Zivilsenates des Gemeinschaftlichen Thüringischen Oberlandesgerichts Jena beitreten müssen, dass mindestens für das heutige Recht aus den oben in § 3 bei Note 37 angegebenen Gründen von dem Erfordernis der Liquidität keine Rede sein kann.

Litteratur-Verzeichnis.

1. Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, XXXVII. (Neue Folge XVII.) B., S. 157—161.
2. de Cocceji, Samuelis. Henr. Fil. Jus civile controversum, Editio quarta, Lipsiae 1766.
3. Dernburg, Heinrich. Pandekten, IV. Aufl., Berlin 1894.
4. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, XI., XV. u. XVIII. Bd.
5. Göschen, Joh. Friedr. Ludw. Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht, herausgegeben von Dr. Albrecht Erxleben, II. Aufl., II. Band, 2. Abteilg., Göttingen 1843.
6. Glück, D. Christian Friedrich. Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, XV. Teil, Erlangen 1813.
7. Glück, D. Christian Friedrich. Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, XVII. Teil, Erlangen 1815.
8. Koch, Dr. C. F. Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preussischem Rechte, II. Ausgabe, 3. Band, Berlin 1859.
9. Lauterbachii, Wolfgangi Adami. Collegium Theoretico-Practicum, Tomus Primus, Editio nova, Tubingae 1763.
10. Luden in Weiske, Dr. Julius. Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten etc., III. Band, II. Ausgabe, Leipzig 1844.
11. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II., 1888.
12. Puchta, Georg Friedrich. Vorlesungen über das heutige römische Recht, herausgegeben von Dr. Adolf August Friedrich Rudorff, VI. Aufl.' Leipzig 1874.
13. Puchta, G. F. Pandekten, herausgegeben von Dr. A. F. Rudorff, X. Aufl., Leipzig 1866.
14. v. Schey, Dr. Josef, Freiherr. Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I. Band, 2. Heft, Wien 1895.
15. Sintenis, Dr. Carl Friedrich Ferdinand. Das praktische gemeine Zivilrecht, III. Aufl., Leipzig 1868.
16. Thibaut, Anton Friedrich Justus. System des Pandektenrechts, IX. Aufl., besorgt von Alexander August v. Buchholtz, Jena 1846.
17. Thon, Gustav. Ueber die Bedeutung und den Umfang der c. 25 C. de locato et conducto 4, 65 in „Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess" von Linde, Marezoll und Wening-Ingenheim, I. Band, No. XXIV, S. 470—480.
18. Unterholzner, K. A. D. Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, herausgegeben von Ph. E. Huschke, II. Band, Leipzig 1840.

19. Weber, Dr. Adolf Dietrich. Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, II. Ausgabe, Schwerin und Wismar 1795, 14. Beitrag: Ueber die Einrede des Eigentums gegen persönliche Klagen aus Kontrakten, S. 85—110.

20. Weber, Dr. Adolf Dietrich. Praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden von Dr. Johann Ludwig Schmidt, herausgegeben von Dr. Christoph Martin, VIII. Ausgabe, Jena 1823.

21. Weiske, Dr. Julius. Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten etc. VII. Band, Leipzig 1847.

22. v. Wening-Ingenheim, Dr. J. N. Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts, V. Aufl., besorgt durch Dr. Johann Adam Fritz, II. Band, München 1837.

23. Westphal, Dr. Ernst Christian. Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht-, Miet- und Erbzinskontrakt etc., Frankfurt u. Leipzig 1791.

24. Windscheid, Dr. Bernhard. Lehrbuch des Pandektenrechts, VII Aufl., Frankfurt a. M. 1891.